

РАЗВИТИЕ МЕДИАЦИИ КАК КОММУНИКАТИВНОЙ ПРАКТИКИ И ЕЕ ИНСТИТУЦИАЛИЗАЦИЯ

*Гафнер Константин Евгеньевич,
аспирант, факультет социологии
кафедры социологии культуры и коммуникации, Санкт-Петербургский
государственный университет, г. Санкт-Петербург
E-mail: konet2007@mail.ru*

DEVELOPMENT OF MEDIATION AS COMMUNICATIVE PRACTICE AND ITS INSTITUTIONALIZATION

*Gafner Konstantin Evgenevich,
Aspirant chair of sociology of culture and communication,
Saint-Petersburg State university, Saint-Petersburg*

АННОТАЦИЯ

Медиация – одна из эффективных технологий, направленная на разрешение противоречия между спорящими сторонами с помощью третьей, нейтральной стороны, не заинтересованной в данном конфликте. В процессе своего становления медиация как самостоятельный институт проделала очень длинный путь. В разных странах этот поэтапный процесс развивался и развивается по-разному. Он вызывает научный интерес в силу актуальности изучаемой темы и возросшим интересом к процедуре, как со стороны общественности, так и со стороны научного сообщества.

ABSTRACT

Mediation is effective technologies, directed on permission of a contradiction between conflicting parties with participation of the third party. In the course of the formation mediation as independent institute did very long way. In the different countries this stage-by-stage process developed and develops differently. It causes scientific interest owing to relevance of the studied subject and the increased interest in procedure, both from the public, and from scientific community.

Ключевые слова: социальный институт, институционализация, медиация, технология, медиатор, коммуникация

Keywords: social institute, institutionalization, mediation, technology, mediator, communication

Медиация – одна из технологий, направленная на разрешение противоречия между спорящими сторонами с помощью третьей, нейтральной стороны, не заинтересованной в данном конфликте. Процедура медиации – это структурированный процесс, а сама медиация – это “междисциплинарная область, совместившая в себе такие отрасли знания, как право, психология, лингвистика, социология, конфликтология” [24]. Данный способ регулирования отношений сформировался еще на ранних этапах развития человеческой цивилизации и является очень старым инструментом международного права [10]. Об этом пишет Эрин Джонстон, что в мирных цивилизациях споры разрешались мудрецами или представителями церкви. У конфуцианцев и буддистов есть дань уважения естественной гармонии жизни. До сих пор, если человек не может решить свой конфликт мирно, он может потерять уважение других [3]. Он незаменим, когда стороны готовы прийти к обоюдному решению с помощью переговоров, нежели через какие-либо нормы, силовое воздействие и иерархический порядок. Называлось это по-разному: “посредничество”, “ходатайство”, “предложение добрых услуг”. В период новой истории известен исторический факт медиации, в которой посредником в конфликте между Швейцарией, Германией и Францией выступил Наполеон Бонапарт. В 1803 году Наполеон издал “Акт о медиации” (или “Акт посредничества”), предоставляющий Швейцарии независимость и восстанавливающий ее прежнее государственное устройство [23]. Двадцать лет внешней посреднической деятельности были нацелены на окончание Сомалийской гражданской войны. Длительный кризис в Сомали с 1988 года в виде гражданской войны продлился более чем два десятилетия и представляет самый продолжительный случай полного государственного краха в постколониальную

эру. В разное время попытки урегулирования были предприняты Эфиопией, Египтом, Джибути и др. в виде конференций по национальному примирению [4].

Использование посредников для разрешения споров отмечается с древних времен, историки отмечают подобные случаи в торговле финикийцев в Вавилоне. Римляне использовали различные термины для обозначения понятия “посредник” — *internuncius, medium, intercessor, philanthropus, interpolator, conciliator, interlocutor, interpres*, и, наконец, *mediator* [26].

Следует отметить, что в науке понятия “медиация” и “посредничество” часто используются как равнозначные термины. Другие источники разграничивают эти понятия, подчеркивая, что они находятся в иерархической связи. Нам кажется необходимым разобраться в соотношении этих понятий, поскольку они являются основополагающими категориями в данном исследовании.

Под посредничеством в международном праве подразумевается одно из средств мирного разрешения споров, путем переговоров с участием посредника и на основе выдвинутых им условий [32]. Соответственно, посредник – лицо, содействующее примирению спорящих, борющихся сторон, а также судья, арбитр на маневрах и др. [25]

В статье “Медиация – новая коммуникативная практика в разрешении конфликтов”, О.В. Аллахвердова понимает под медиацией “процесс переговоров с участием третьей, нейтральной стороны, которая является заинтересованной лишь в том, чтобы стороны разрешили свой спор максимально выгодно для всех сторон” [7]. Таким образом, медиатор является лицом, заинтересованным только в конструктивном разрешении спора, без каких-либо персональных выгод.

В ФЗ “Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)” [28] приводятся следующее определение:

Процедура медиации – способ урегулирования споров при содействии медиатора на основе добровольного согласия сторон в целях достижения ими взаимоприемлемого решения, где под медиатором понимается независимое физическое лицо, привлекаемое сторонами в качестве посредника в урегулировании спора для содействия в выработке сторонами решения по существу спора.

Из вышеперечисленных определений, с одной стороны, мы можем говорить о совпадении смысловой наполненности двух понятий: “посредничество” и “медиация”. Два этих процесса не реализуются без участия третьей стороны и действия эти направлены на поиск взаимоприемлемого решения в спорной ситуации. С другой стороны, понятие “посредничество”, на наш взгляд, является более широким, чем “медиация”. Медиатора мы можем назвать посредником, если нам достаточно широкой и неконкретной формулировки, подразумевающей множественное толкование [16].

Медиация в современном понимании появилась только во второй половине двадцатого столетия. Сначала она обосновалась в США, Англии и Австралии и позже появилась в Европе – Франции, Бельгии, Нидерландах, Германии, Австрии, Италии, Швейцарии. Первые попытки применения медиации, как правило, касались разрешения трудовых, коммерческих и семейных споров.

Как социальный институт медиация вырастает из объективной потребности во вспомогательной для правосудия системе, которая позволила бы разгрузить судебную систему, и обеспечить ее эффективное функционирование [12]. Еще в 1875 году Р. Йерингом было отмечено, что “... потребность решения трудовых споров не может удовлетвориться одним и тем же способом” [13]. Следует отметить, что образование и развитие социального института предусматривает наличие особой культурной среды. Под этим подразумевается определенная система ценностей, норм и образцов деятельности.

Процесс институционализации [30] медиации начался в США к началу XX века в результате возникновения новой формы проявления конфликтов в американской экономике: борьба за условия труда, социальные гарантии, размер заработной платы между профсоюзами и работодателями. Данный конфликт обострился и грозил стране забастовками, массовыми увольнениями, временным закрытием и простоем множества фабрик. Тогда власти США предложили участникам споров использовать министерство труда в качестве нейтрального посредника. В 1947 году для выполнения этой задачи был создан специальный федеральный орган – Федеральная служба США по медиации и примирительным процедурам (Federal Mediation Conciliation Service, FMCS), который продолжает действовать в настоящее время. Именно тогда впервые

был употреблен термин “медиация” в современном его понимании, однако эта форма еще не имела характера самостоятельной процедуры, но, безусловно, заложила основу для дальнейшего развития института современной медиации: “С 1913 по 1947 годы правительство США сформировало Федеральную службу по медиации и примирительным процедурам, которая, среди прочего, приспособила методы урегулирования трудовых конфликтов к другим областям гражданского права” [3].

Второй предпосылкой возникновения института медиации было создание в США в 60 годах XX столетия негосударственных организаций “Neighborhood Justice Center” и “Community Mediation” по урегулированию конфликтов в семье между соседями и малообеспеченными лицами [23].

Таким образом, в ходе институционализации складывалась определенная процедура, которая подкреплялась социальными нормами и правилами, выработанными в ходе работы с трудовыми конфликтами, которая впоследствии получила широкое практическое применение.

Юридические фирмы и компании США стали также активно испытывать различные способы урегулирования споров, в том числе ранее неизвестных, и внедряли их в деловую практику. Впервые появляется термин “альтернативное разрешение споров” (alternative dispute resolution – ADR), так как данные примирительные процедуры стали рассматриваться как более эффективная альтернатива судебной системе [10]. Еще одной важной причиной упрочения института медиации явилось обстоятельство, связанное с особенностью в 60-х годах XX столетия американского гражданского процесса, который имел немало минусов, поскольку, согласно так называемому американскому правилу (“American rule”), каждая сторона сама должна оплачивать услуги адвоката независимо от исхода дела [19].

Со временем область применения посредничества расширяется, появляются такие формы как “мини-суды” (“mini-trial” — рассмотрение коммерческого спора комиссией из двух представителей высшего руководства компаний и нейтрального третьего лица) [21], независимое экспертное заключение, рекомендательное арбитражное и судебное решения при сокращенной процедуре разбирательства, а также различные гибридные формы, такие как посредничество-арбитраж. Первый

“мини-суд” прошел в 1977 году, теперь же в США эта процедура стала широко распространенной [10]. Перечисленные причины стали верным ориентиром развития института медиации, преимущества которой были очевидны.

Как самостоятельная процедура, медиация возникает лишь с середины 70-ых годов. В 1981 году исследователи Гарвардской школы права Роджер Фишер и Уильям Юри опубликовали результаты своих исследований под названием “Getting to Yes”. Другими словами, профессора описали концепцию, которая позже легла в основу работы с конфликтом [29]. Альтернативу “позиционному торгу” за столом переговоров, в котором стороны, отстаивая свои позиции, вынуждены делать уступки либо применять силовое воздействие, чтобы достичь результата, Роджер Фишер и Уильям Юри видят в “переговорах по существу”. Эту теорию также называют “совместные действия”, которая базируется на разграничении позиции и интересов. В ходе переговоров необходимо определить эти интересы сторон, что позволит существенно приблизиться к достижению соглашения. И медиатор строит переговоры именно таким образом. То есть достигнутое в процессе медиации решение будет являться взаимовыгодным: нет победителей и проигравших. Данные переговоры, как отмечают исследователи, могут быть сведены к четырем базовым элементам: люди, интересы, варианты, критерии [29].

В настоящее время медиация в США рассматривается, так же как и 30 лет назад, как одно из направлений прикладной психологии. Сегодня судебная практика США ориентирована на то, чтобы большинство споров разрешалось добровольно до суда, а судья может прервать суд и посоветовать сторонам поработать с медиатором. Без посредников в сфере экономики, политики, бизнеса в этой стране не проходит ни один переговорный процесс. В стране существует Национальный институт разрешения споров, который занимается разработкой новых методов медиации. Наиболее авторитетным изданием в США по медиации является “Ежеквартальный журнал по медиации” (“Mediation Quarterly”) и ежегодное издание “Американский журнал по Медиации” (“American Journal of Mediation”). Издания посвящены теории и практике медиации [1]. Для осуществления практической деятельности по медиации в США созданы специальные службы, которые субсидируются правительством, общественными организациями, частными лицами. В стране действует

Единообразный акт о медиации (Uniform Mediation Act), который был принят в 2001 г. в США [5]. В этом законе нашло свое отражение последовательное разграничение деятельности посредника и арбитра – лиц, чья деятельность зачастую отождествляется. Согласно Единообразному акту окружные суды США обязывались предлагать сторонам спора как минимум один из существующих способов альтернативного разрешения и урегулирования споров.

Таким образом, предпосылкой возникновения института медиации в США послужили качественные изменения отношений в американской экономике. С целью разрешения возникающих противоречий и нормализации взаимодействия были разработаны медиативные практики, которые в последующем получили широкое применение и были законодательно закреплены в соответствующих актах, а сама процедура медиации получила организационное оформление.

Из Соединенных Штатов Америки примирительные процедуры быстрыми темпами проникают в другие страны англосаксонского права, поскольку уже существовали определенные экономические условия, которые спровоцировали спрос на медиацию в следующих странах: Англии, Ирландии, Канаде, Индии, Австралии – и далее распространились по всей Европе. Медиация закрепились на законодательном уровне в Нидерландах, Франции, Германии, Бельгии, Швейцарии, Италии.

Процесс институционализации медиации в Великобритании развивался по-своему в результате реформирования норм гражданского процесса Civil Procedure Rules в 1991 г. [31] В отличие от американской судебной системы, где медиация является обязательным элементом, Великобритания предусматривает возможность использования медиации по желанию сторон. В том случае, если одна из сторон отказывается от предложенной судом процедуры медиации, она несет все судебные издержки, даже в случае победы в процессе рассмотрения гражданского спора [14]. При поддержке государства также была создана специальная служба – “горячая линия по медиации”. Специалисты службы помогают обратившимся гражданам выбрать наиболее подходящую процедуру разрешения спора и подобрать подходящего медиатора в соответствии с озвученными требованиями [20]. Продвижением медиации и подготовкой медиаторов в Великобритании занимаются несколько организаций, среди которых лидирующие позиции занимают Британский центр эффективного

разрешения споров (CEDR, <http://www.cedr.com>) и Центр арбитража и медиации (JAMS, <http://www.jamsinternational.com>). Так, например, за двадцатилетнее свое существование CEDR участвовал в урегулировании более 5000 конфликтов путем коммерческого посредничества [11]. Как отмечает Билл Марш, один из опытейших медиаторов Великобритании, бывший исполнительный директор CEDR, сегодня медиация в большей мере имеет успех в коммерческом секторе – банковской сфере, страховом бизнесе, фармакологии, информационных технологиях, транспортном секторе. За историю развития медиации в стране он выделил два переломных этапа: конференция, в которой был президиум, состоявший из бизнесменов и этап, когда судьи призвали стороны использовать медиацию в 1995 году: “И в тот момент мы подумали, что стали частью системы. До этого медиация была словно в вакууме, а с тех пор мы присоединились к судебному аппарату” [15]. По данным юридического портала pravo.ru, расходы сторон в бракоразводном процессе снизились в 5 раз в связи вступлением в силу закона в апреле 2011 г., в соответствии с которым каждой британской паре, собирающейся разводиться, сначала предлагается разрешить спорные моменты с использованием процедуры медиации [18].

Как отмечает Билл Марш, в стране существуют специальные центры медиации, медиаторы, оказывающие услуги индивидуально, медиаторы, которые являются партнерами в юридических фирмах. Что касается, академической части, то университеты начинают предлагать курсы медиации: “Он [курс], главным образом, не касается навыков медиатора, скорее – теоретической базы медиации” [15]. Существуют аспирантские курсы медиации и аналогичные курсы для магистров: “Академическая сторона вопроса менее развита, по сравнению с теоретической. Просто-напросто потому, что это свойство натуры британцев – мы чрезмерно практичны, теория нас мало интересует” [15].

Подводя небольшой итог, хочется отметить, что в течение нескольких последних лет медиация в Англии стала интенсивно развиваться и приобрела популярность. Стороны могут обратиться к посреднику до возбуждения дела в суде по своей собственной инициативе, результат проведенной медиации может удовлетворить обе стороны, и тогда судебное разбирательство не потребуется. Стороны могут обратиться к медиатору после возбуждения дела в суде и даже после

вынесения решения, но до рассмотрения апелляции, причем как по своей собственной инициативе, так и по предложению суда. Их может удовлетворить заключенное медиативное соглашение, и спор будет разрешен [14]. Согласно мнению Карла Маки, главного исполнительного директора британского Центра эффективного разрешения споров (CEDR), медиация обладает исключительной силой, заключающейся в расширении доступа к правосудию, в гибкости и в возможности выбора. С учетом этого медиация становится очень популярной в Соединенном Королевстве [17].

В Германию медиация была “импортирована” из США, что сегодня не отрицается. Практика коммерческой медиации в этой стране пока не получила широкого распространения, но зато здесь удалось формировать профессиональное сообщество практикующих медиаторов и экспертов в сфере альтернативного разрешения споров, а тема медиации является сегодня актуальной и постоянно обсуждается в самых различных кругах [6]. В Германии наряду с внесудебной медиацией, все большую популярность приобретает судебная медиация, где она гармонично встроена в систему правосудия. С 2004 г. судебная медиация успешно развивается в форме модельных проектов, реализуемых под контролем немецких органов юстиции в судах ряда земель страны [20]. Сегодня медиация интегрирована в немецкие суды не только по семейным делам, но и в суды общей юрисдикции, административные суды и другие. В большинстве немецких школ права введен постоянный курс медиации, то есть, каждый выпускник юридического факультета проходит курс медиации [15]. В Германии проект закона “О поддержке медиации и других процедур внесудебного урегулирования конфликтов”, подготовленный правительством был опубликован 12 января 2011 г [2].

В Австрии медиация развивается быстрыми темпами, и сегодня можно сказать, что там сложились благоприятные условия, позволяющие сторонам разрешить споры с помощью развитой сети медиативной инфраструктуры. В 1985 году с целью использования для внесудебного разбирательства дел несовершеннолетних нарушителей была разработана специальная модель медиации, которая получила широкое распространение в рамках уголовного судопроизводства [8]. Спустя четыре года эта модель была законодательно закреплена. С 1992 года эта форма внесудебного разбирательства распространилась и на дела взрослых правонарушителей, сначала в

виде эксперимента, которая с 1 января 2000 года приобрела силу закона [9]. И, наконец, в июне 2003 г. был принят австрийский Федеральный закон о медиации [27]. Австрия является одной из немногих стран, где профессия “медиатор” внесена в номенклатуру профессий. В Австралийском законодательстве также предусматривается, что соглашение по результатам медиации, проводимой в связи с имеющимся судебным производством, может быть признано судом, в то время как результат досудебной медиации судебной защиты не получает [20].

Помимо Австрии, сегодня институт медиации активно развивается во многих странах Евросоюза, а в ряде таких стран, как: Словения, Венгрия, Болгария, Румыния, Польша – также приняты законы о медиации, которые регламентируют отношения, связанные с процедурой медиации в гражданско-правовых конфликтах, а также разрешение споров в сферах публичного права [23].

Медиация, как социальный институт имеет свои специфические особенности, так и общие признаки с другими институтами:

1. *Установки и образцы поведения* – честность, добровольность, беспристрастность, конфиденциальность, противодействие недобросовестным приемам в переговорах, независимость от стороны процедуры медиации.
2. *Культурные символы* в качестве образов, представлений об институте, отражающие его специфические черты – переговорный процесс, процедура, вводное слово, кокус и др.
3. *Утилитарные культурные черты* в виде материального воплощения социального института – комната для переговоров, стол переговоров и др.
4. *Устные и письменные кодексы поведения* – Кодекс этики и норм поведения для медиаторов, Соглашение.
5. *Идеология* – внесудебное разрешение противоречий сторон с выработкой взаимоприемлемого решения, эффективные переговоры.

В процессе своего становления медиация как самостоятельный институт проделала очень длинный путь. Как мы видим, в разных странах поэтапный процесс институционализации медиации развивался и развивается по-разному. По нашему мнению, это зависит и от исторического развития отдельного взятого государства, сложившихся экономических условий, уровня развития институтов гражданского

общества и правовой культуры и от многих других сопутствующих факторов. Мы отмечаем выше, что образование и развитие социального института предусматривает наличие определенной культурной среды. Под этим подразумевается система ценностей, этические нормы и образцы деятельности. К этим параметрам также необходимо добавить наличие материальных, финансовых, трудовых, организационных ресурсов, которые общество должно регулярно пополнять [12]. Как отмечает английский социолог Э. Гидденс, социальные институты – это устойчивые формы социальной деятельности, воспроизводимые во времени и пространстве [22]. Зарубежный опыт показывает, что во многих странах медиация стала такой формой деятельности.

Список литературы:

1. American Journal of Mediation. – URL: <http://www.americanjournalofmediation.com>.
2. Gesetz zur Forderung der Mediation und anderer Verfahren der aufliegergerichtlichen Konfliktbeilegung. Законопроект обсуждался в бундесрате 18 марта 2011 г. (BT-Drs. 17/5335 от 01.04.2011) и в бундестаге 14 апреля 2011 г.
3. Johnston E. A Short History of Mediation. – URL: <http://cfrmediation.com/a-short-history-of-mediation>.
4. Menkhaus K., Sheikh H., Joqombe A., Johnson P. A History of Mediation in Somalia since 1988. – URL: <http://www.interpeace.org/publications/somali-region/60-a-history-of-mediation-in-somalia-since-1988-english/file>.
5. Uniform Mediation Act by National Conference Of Commissioners On Uniform State Laws. – URL: <http://www.mediate.com/articles/umaoctober.cfm>.
6. Аболонин В.О. Коммерческая медиация в России: особый вектор развития. – URL: http://mediators.ru/rus/about_mediation/news/text13/text4#16.
7. Аллахвердова О.В. Медиация – новая коммуникативная практика в разрешении конфликтов. – URL: <http://ecsocman.hse.ru/data/2010/12/04/1214827379/4aAllahverdova.pdf>.
8. Бирюков П.Н., Пронин А.В. Процедура медиации в Австрии // Арбитражный и гражданский процесс. 2011. N 10. С. 42 - 43.
9. Гроенхейзен М. Медиация жертвы и правонарушителя: правовые и процедурные гарантии. Эксперименты и законодательство в некоторых европейских странах // Восстановительное правосудие. М., 2003. С. 38 - 40.

10. Давыденко Д.Л. Из истории примирительных процедур в Западной Европе и США. – URL: http://mediators.ru/rus/about_mediation/literature/text6.
11. Данные официального сайта Центра эффективного разрешения споров (Centre for Effective Dispute Resolution - CEDR). – URL: <http://www.cedr.com>.
12. Денисенко С.В. Медиация как социальное явление и правовой институт (теоретико-правовой аспект). – URL: http://www.journal-nio.com/index.php?id=2103&Itemid=127&option=com_content&view=article.
13. Йеринг Р. Дух римского права на различных ступенях его развития. – СПб.: Типогр. В. Безобразова, 1875. С. 57.
14. Кудрявцева Е.В. Тенденции развития английского гражданского процессуального права после принятия правил гражданского судопроизводства. – URL: <http://www.center-bereg.ru/774.html>.
15. Марш Б. За 20 лет я сказал сторонам, что их дело не готово к медиации лишь дважды / Юридический портал. – URL: <http://pravotoday.in.ua/ru/press-centre/legal-style/ls-71/>.
16. Матвеев А. Медиация и посредничество. – URL: <http://www.enabling.ru/php/content.php?id=808>.
17. Материалы конференции “Медиация. Альтернативные методы разрешения споров и их значение в совершенствовании деловой и корпоративной этики” 16 ноября 2007 г. // Медиация и право. 2007. N 4(6).
18. Медиация в Великобритании снизила расходы сторон в 5 раз. – URL: <http://raud.spb.ru/node/1623>.
19. Медиация в мире / Центр медиации и права. URL: <http://www.mediacia.com/medworld.htm>.
20. Медиация в мире. – URL: <http://mediation.co.ua/2012/09/mediaciya-v-mire>.
21. Положение о процедуре мини-судов Американской арбитражной ассоциации. – URL: <http://mosmediator.narod.ru/index/0-361>.
22. Социология: Учебник / Под ред. В.Н. Лавриненко. – М.: Проспект, 2010. С. 223.
23. Степанова О.Ю. Медиация: от истоков до современности. – URL: <http://deliktor.ru/article/34-mediaciya-ot-istokov-do-sovremennosti.html>.
24. Таймазов В. Медиация в России: первые шаги // Расчет. 2008. №12. С.1.
25. Толковый словарь русского языка: В 4 т. / Под ред. Д. Н. Ушакова. – М., 2000.
26. Толпекина Г. “Соломоново решение”, или Медиация — новое слово в урегулировании споров/Ухта. – URL: <http://www.gazetauhta.ru/index.php/2013/442-7-8-19012013/3151-l-r->.
27. Федеральный закон о медиации в гражданских делах (Австрия). – URL: http://mediators.ru/rus/about_mediation/foreign_law/austria/text2.

28. Федеральный закон от 27 июля 2010 г. N 193-ФЗ “Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)”. – URL: <http://base.garant.ru/12177508/>.
29. Фишер Р., Юри У. Путь к согласию, или переговоры без поражения / Пер. с англ. А. Гореловой; Предисл. В. А. Кременюка.— М.: Наука, 1992. С. 18.
30. Фролов С. С. Социология. Учебник. Для высших учебных заведений. Раздел III. Социальные взаимосвязи. Глава 3. Социальные институты. – М.: Наука, 1994.
31. Эндрюс Н. Система гражданского процесса в Англии. – М.: Инфотропик.
32. Юридическая энциклопедия / Отв. ред. Б. Н. Топорнин. — М.: Юрист, 2001.